La gradación de instrumentos internacionales, el *pacta sunt servanda* y *pro homine* como herramientas para la inclusión de normas de *soft law* en el bloque de constitucionalidad ecuatoriano

Natalia Barona Martínez
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: baronanati@gmail.com

Antonella Tescaroli Espinosa
Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia,
Campus Cumbayá, Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.
Correo electrónico: ctescaroli.97@gmail.com

Recibido / Received: 25/02/2018
Aceptado / Accepted: 25/03/2018
DOI: https://doi.org/10.18272/lr.v5i1.1215

Citación

Barona Martínez, N., y A. Tescaroli Espinosa. «La gradación De Instrumentos Internacionales, El Pacta Sunt Servanda Y Pro Homine Como Herramientas Para La inclusión De Normas De Soft Law En El Bloque De Constitucionalidad Ecuatoriano». USFQ Law Review, Vol. 5, n.º 1, agosto de 2018, p. 25, doi:10.18272/lr.v5i1.1215.

Resumen

Las ramas de Derecho Internacional Público y Derecho Constitucional se encuentran en constante desarrollo y evolución, por lo que el significado de sus respectivas normas varía según la importancia que los Estados les den. Siendo así, la presente investigación se enfocará en explicar cómo se manifiesta aquella actitud estatal, así como qué implicaciones tiene para la adopción de instrumentos internacionales que tradicionalmente no han sido considerados como fuentes de obligaciones vinculantes para los Estados; a saber, las normas internacionales de *soft law*. Con el fin de poder profundizar sobre este tema, se comenzará por dar una explicación general de la noción de bloque de constitucionalidad en Ecuador, y del significado mismo de los instrumentos de *soft law*. Se continuará con el análisis de las distintas aplicaciones prácticas e influencia de las normas de *soft law* para el Derecho Constitucional ecuatoriano, en conexión a los principios *pro homine* y *pacta sunt servanda*. Finalmente, y a partir de todo lo mencionado, se expondrá la relevancia y exigibilidad de estas normas internacionales para el Estado ecuatoriano.

Palabras clave

Soft law, compliance, gradación, bloque de constitucionalidad, *pro homine*, *pacta sunt servanda*.

The Gradation of International Instruments, Pacta Sunt Servanda and Pro Homine as Tools for The Inclusion of Soft Law Standards in The Ecuadorian Block of Constitutionality

Abstract

The branches of Public International Law and Constitutional Law are in constant development and evolution, which is why the meaning of their respective norms varies according to the importance that different states give them. This investigation will focus on explaining the manifestations of that state attitude and what implications it has on the creation and adoption of norms that traditionally have not been considered as binding state obligations; namely, international soft law norms. For the purpose of elaborating on this subject, the article will start by giving a general explanation of the notion of block of constitutionality in Ecuador, as well as the meaning of soft law itself. Next, the article will continue by analyzing the different practical applications and influence of soft law norms to Ecuadorian Constitutional Law, in connection with the pro homine and pacta sunt servanda principles. Finally, and based on what has been mentioned, this investigation will attempt to present the relevance and enforcement of these international norms for the Ecuadorian state.

Keywords

Soft law, compliance, gradation, block of constitutionality, pro homine, pacta sunt servanda.

1. Introducción

En los orígenes del Derecho Internacional Público (en adelante, DIP), los Estados ratificaban convenciones o tratados en función de esta normativa internacional para dar a conocer a los demás miembros de la comunidad internacional su consentimiento expreso frente a un compromiso adoptado, ya sea bilateral o multilateral. No obstante, el DIP, "como todo ordenamiento jurídico, es un sistema en constante transformación"[1], por lo que aparecieron nuevas formas de manifestación de la voluntad –siendo estas las normas de *soft law*–, conjuntamente con las complicaciones que esto conllevaba puesto que no existía una ratificación estatal expresa. Así las cosas, sobre todo en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (en adelante, DIDH), los tratados ratificados empezaron a generar consecuencias, siendo la principal la responsabilidad internacional de los Estados por incumplimiento de sus obligaciones convencionales.

Ahora, "[n]o existe duda de que, durante las últimas tres décadas, ha habido una creciente resistencia de parte de los Estados para fortalecer el régimen de protección [hacia las personas]"[2]. Sin embargo, las nuevas formas de manifestación permanecen y juegan un papel importante en el día a día del DIP y DIDH específicamente. La presente investigación pretende explicar la relevancia de estas nuevas formas de manifestación de la voluntad frente al papel de la ratificación tanto en el plano internacional como en el interno, para entender también la manera en que estas se aplican a través de la introducción de nociones y principios –como el *pacta sunt servanda, pro homine* y no regresividad–.

Desde la noción del derecho interno ecuatoriano, se tratará, además, de explicar la inclusión de las nuevas formas de expresión internacional en el ordenamiento jurídico a través de la Constitución de 2008 y su bloque de constitucionalidad, asumiendo el término instrumentos internacionales sin necesariamente especificar que se trata de tratados expresamente ratificados. Finalmente, todo esto llevará a entender si existe un sustento jurídico a escala nacional que justifique la materialización de estas manifestaciones para su consecuente utilización.

2. Acercamiento al concepto de bloque de constitucionalidad y sus implicaciones

El término bloque de constitucionalidad nació en Francia a inicios de los años setenta[3], cuando el Consejo Constitucional determinó en su decisión DC 71-

1 Del Toro Huerta, Mauricio Iván. "El fenómeno del *soft law y las nuevas perspectivas del Derecho Internacional". Anuario Mexicano de Derecho Internacional VI (2006),* pp. 513-549.

2 Traducción libre. Hurwitz, Agnès. "Norm-Making in International Refugee Law". *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)* 106 (2012), pp. 430-433.

3 *Cfr. Traducción libre. Góngora-Mera, Manuel Eduardo. The Block of Constitutionality as the Doctrinal Pivot of a Ius Commune*, p. 240. En: Von Bondandy, Armin *et* ál. *Transformative Constitutionalism in Latin America: The Emergence of a New Ius Commune*. Oxford: Oxford University Press, 2017, pp. 235-251.

44[4] que, además del articulado de la Constitución francesa *per se*, el preámbulo de la misma también podría ser una referencia para la revisión de la constitucionalidad del resto de normas de su ordenamiento jurídico[5].

A partir de este razonamiento, los efectos del preámbulo ya no serían meramente valorativos o morales, pues pasarían a formar parte de un bloque de normas jurídicamente vinculantes y elevadas a rango constitucional[6]. Surge, entonces, la idea de que "una [C]onstitución puede ser normativamente algo más que el propio texto constitucional, esto es, que las normas constitucionales pueden ser más numerosas que aquellas que pueden encontrarse en el articulado de la [C]onstitución escrita"[7].

El concepto se extendió hacia distintos países de Europa y, eventualmente, de Latinoamérica, lo cual naturalmente conllevó su adaptación dentro de diversos contextos políticos y legales. Por esta razón, como argumentan Favoreu y Rubio-Llorente, el contenido de bloque de constitucionalidad "no puede ser [institucionalizado] como categoría jurídico-normativa [ni tener] un significado preciso generalmente aceptado"[8], pues se encuentra en constante cambio.

A pesar de esto, se pueden encontrar esfuerzos por parte de la doctrina latinoamericana para definir ciertos elementos comunes en el concepto de bloque de constitucionalidad visto objetivamente, y sin atender todavía a las normas que lo integrarían, algo que, una vez más, se ha desarrollado en cada Estado de manera individualizada por ser parte de su contenido. En ese sentido, Bidart Campos se ha referido al concepto como "un conjunto normativo que contiene disposiciones, principios o valores materialmente constitucionales, fuera del texto de la Constitución documental"[9]. Rodrigo Uprimmy, por otro lado, anota:

> [E]s necesario tener en cuenta que las constituciones no son códigos totalmente cerrados, ya que los textos constitucionales pueden hacer remisiones, expresas o tácitas, a otras reglas y principios que, sin estar en la Constitución, tienen relevancia en la práctica constitucional en la medida en que la propia Constitución establece

4 Conseil Constitutionnel de la République française. *Decisión 71-44 DC. Sentencia, 16 de julio de 1971.*

5 *Cfr. Dávila, Carlos Mario. "Cambios constitucionales de 1971 en Francia y de 1991 en Colombia. Un análisis desde el punto de vista de la teoría de la revolución jurídica". Vniversitas* 126 (2013), p. 126.

6 *Cfr*. Traducción libre. Góngora-Mera, Manuel Eduardo. *The Block of Constitutionality. Óp. cit., p. 240.*

7 Uprimny Yepes, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, Derechos Humanos y nuevo procedimiento penal,* p. 23. En: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal.* Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 2005, pp. 21-63. Citado en Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 0001-009-SIS.* Sentencia, 19 de mayo de 2009.

8 Favoreu, Louis y Rubio-Llorente, Francisco. *Bloque de constitucionalidad (Derecho Constitucional).* En: *Enciclopedia Jurídica Básica. T*omo 1. Madrid: Civitas (1995), p. 817. Citado en Suelt-Cock, Vanessa. "El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en Colombia". *Vniversitas* 65/133 (2016), pp. 308-309.

9 Bidart Campos, Germán. *El derecho de la Constitución y su fuerza normativa.* Buenos Aires: Ediar (1995), pp. 265-267. Citado en Caicedo Tapia, Danilo. "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador. Derechos Humanos más allá de la Constitución". *FORO: Revista de Derecho* 12 (2009), p. 7.

Para mayor información acerca de la incorporación de la noción de bloque en *Ecuador, vid.* Tribunal Constitucional del Ecuador. *Resolución 001-2004-DI.* Sentencia, 9 de julio de 2004; Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 0001-09-SIS-CC. Óp. cit.* 9, pp. 6-7.

que esas otras normas tienen una suerte de valor constitucional[10].

De lo explicado por ambos autores, se puede concluir que existen dos elementos básicos en la noción de bloque de constitucionalidad: (i) es un conjunto normativo integrado, no solo por reglas, sino también por valores y principios, que no han sido contemplados expresamente dentro de una Constitución; y (ii) a través de una norma de remisión contenida en la misma Constitución, aquel conjunto normativo adquiere "el mismo grado de coercibilidad y obligatoriedad de uno de sus mandatos"[11]. Así, cuando el conjunto reconoce un derecho, este se "impregna de las características y funciones propias de las garantías constitucionales"[12].

En cuanto a la finalidad de la figura del bloque de constitucionalidad en Latinoamérica, Manuel Góngora-Mera plantea que existen, asimismo, dos escenarios en los que esta es generalmente invocada: "(i) como parámetro dentro de un control de constitucionalidad; y, (ii) en mandatos judiciales, cuando los Derechos Humanos protegidos por las normas [comprendidas en el bloque] sean violados"[13]. El primer criterio, compartido por Bidart Campos y Vanessa Suelt-Cock[14], presupone justamente que las normas infraconstitucionales sean concordantes con la norma suprema, además de aquellas que integrarían el bloque de constitucionalidad; una labor que, dependiendo del sistema jurídico del que se hable, corresponderá ya sea a jueces ordinarios, o a un órgano especializado, como lo es una Corte Constitucional[15]. La segunda situación que menciona Góngora-Mera demuestra el vínculo indiscutible que existe entre la función del bloque de constitucionalidad, y la integración de instrumentos de derechos humanos como normas constitucionales[16], a fin de que pueda ampliarse la protección y garantía de los mismos.

Es por esta estrecha relación que consideramos relevante tratar el debate existente con respecto al alcance de aquella inclusión de normas internacionales al bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, al ordenamiento jurídico interno. Tradicionalmente, se ha desarrollado el concepto de bloque como una forma de darles mayor coercibilidad a aquellos tratados de derechos humanos (en adelante, DD. HH.)

10 Uprimny Yepes, Rodrigo. *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal.* En O'Donnell, Daniel, Uprimny, Inés Margarita, y Villa, Alejandro. Compilación de jurisprudencia y doctrina nacional e internacional. Bogotá: Oficina Alto Comisionado de la Naciones Unidas para los Derechos Humanos y de Justicia, 2001, pp. 97-154. Citado en Reina García, Óscar. "Las cláusulas de apertura o reenvío hacia fuentes externas previstas en la Constitución colombiana, como criterio para delimitar el contenido del bloque de constitucionalidad". *Revista Derecho del Estado* 29 (2012), pp. 175-214.

11 Corte Constitucional de Colombia. *Sentencia D-5807, 7 de diciembre de 2005. Citado en Caicedo Tapia, Danilo. "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador…". Óp. cit.*, p. 8.

12 Reina García, Óscar. "Las cláusulas de apertura o reenvío…". *Óp. cit.,* p. 6.

13 Traducción libre. *Cfr. Góngora-Mera, Manuel Eduardo. The Block of Constitutionality… Óp. cit.*, p. 238.

14 *Cfr. Bidart Campos, Germán. El derecho de la Constitución y su fuerza normativa.* Buenos Aires: Ediar, 1995. Citado en Caicedo Tapia, Danilo. "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador…". *Óp. cit.*, p. 7; Suelt-Cock, Vanessa. "El bloque de constitucionalidad como mecanismo…". *Óp. cit.*, p. 308.

15 Para mayor información acerca de la noción del control de constitucionalidad en general y en para el Estado ecuatoriano, *vid.* Prieto Sanchis, Luis. J*usticia Constitucional y Derechos Fundamentales.* Madrid: Trotta, 2003. Citado en Intriago Ceballos, Ana Teresa. *El control constitucional en Ecuador*. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar, Quito, 2016, pp. 12-13; Corte Constitucional Ecuatoriana. *Sentencia 001-12-SCN-CC,* Sentencia, 6 de febrero de 2013.

16 Caicedo Tapia, Danilo. "El bloque de constitucionalidad en el Ecuador…". *Óp. cit.*, pp. 8-9.

ratificados por los Estados; eran estas normas las que se integraban a un Derecho Constitucional más amplio que el texto de la Constitución *strictu sensu*[17]. Sin embargo, el uso del término instrumentos internacionales de DD. HH., en lugar de tratados internacionales, en distintas legislaciones, pronunciamientos de cortes y estudios doctrinarios ha dado paso a la idea de que el bloque de constitucionalidad va más allá de aquellas normas que han atravesado un proceso de ratificación por parte de los Estados[18], criterio que se abordará a lo largo del presente trabajo.

Esta diferencia terminológica es trascendental para los fines que se le atribuyen a la figura del bloque de constitucionalidad, siendo que la noción de instrumentos es mucho más amplia, y comprende normas que, –una vez más– sin haber sido ratificadas, podrían acarrear la responsabilidad internacional de los Estados, en caso de que incumplan con las obligaciones por ellas contempladas. Es justamente así como funciona el sistema en Ecuador. Aquella diferenciación entre instrumentos y tratados es un tema que tiene un significado directo para el entendimiento del ordenamiento y de las normas constitucionales. Así, en la Constitución de la República de 2008, existen varias normas que hacen alusión específica a la garantía, eficacia plena y aplicabilidad inmediata de los DD. HH. contenidos en instrumentos internacionales[19], igualándolos expresamente con normas constitucionales, siempre que sean más favorables para la persona humana[20]. Aquellas normas constituirían lo que se ha denominado anteriormente como cláusulas de remisión.

La práctica de igualar a las normas internacionales con las constitucionales, es decir, de reconocer su validez como parte del bloque de constitucionalidad, es algo que se ha ido desarrollando en América Latina a partir de los años noventa; previamente su rango era simplemente legal o supralegal, y nunca constitucional[21]. En este ámbito, Ecuador tampoco es excepción, puesto que, si se analiza la Constitución que entró en vigencia en el año 1979, se puede encontrar un artículo[22] que, si bien hace alusión a los instrumentos internacionales como forma de garantizar derechos, está siempre supeditado a la norma que prevé la soberanía de la Constitución. Esta disposición no hace alusión en ningún momento al prin-

17 *Vid. Uprimny Yepes, Rodrigo. El bloque de constitucionalidad en Colombia… Óp. cit.,* Citado en Reina García, Óscar. "Las cláusulas de apertura o reenvío…". *Óp. cit.*, p. 26.

18 *Vid. Caicedo Tapia, Danilo. "El bloque de constitucionalidad…". Óp. cit.*

19 *Cfr.* Constitución de la República del Ecuador. Artículos 3, 11, 172, 417, 426. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

20 "Artículo 426.- Todas las personas, autoridades e instituciones están sujetas a la Constitución". *Eiusdem.*

Las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos aplicarán directamente las normas constitucionales y las previstas en los instrumentos internacionales de derechos humanos siempre que sean más favorables a las establecidas en la Constitución, aunque las partes no las invoquen expresamente.

Los derechos consagrados en la Constitución y los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de inmediato cumplimiento y aplicación. No podrá alegarse falta de ley o desconocimiento de las normas para justificar la vulneración de los derechos y garantías establecidos en la Constitución, para desechar la acción interpuesta en su defensa, ni para negar el reconocimiento de tales derechos." Constitución de la República del Ecuador. Artículo 426. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

21 *Cfr.* Traducción libre. Góngora-Mera, Manuel Eduardo. *The Block of Constitutionality. Óp. cit.,* p. 238.

22 "Artículo 44.- El Estado garantiza a todos los individuos, hombres o mujeres que se hallen sujetos a su jurisdicción, el libre y eficaz ejercicio y goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, enunciados en las declaraciones, pactos, convenios y más instrumentos internacionales vigentes". Constitución Política del Ecuador. Artículo 44. Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979. Cuerpo legal derogado.

cipio de favorabilidad y suprime categóricamente todo valor jurídico que podría tener un precepto que contradiga a aquella norma suprema[23]. No es sino hasta la Constitución del año 1998 que la noción de instrumentos internacionales cobra relevancia jurídica como parte del bloque, siempre en relación con la mayor protección posible que se le pueda dar a la persona humana[24].

Esta breve mirada al desarrollo histórico de las Constituciones en Ecuador en relación con el tema de las normas internacionales de DD. HH. permite señalar dos principios trascendentales en cuanto a la inclusión de instrumentos en el ordenamiento jurídico y su elevación a rango de norma constitucional: en primer lugar, el principio *pro homine,* que es la piedra angular de esta actividad, y, como consecuencia de este, el principio de no regresividad.

Como se ha mencionado ya, el bloque de constitucionalidad, como noción, implica la coexistencia de diversas fuentes de derecho interno e internacional, lo cual a su vez requiere de una pauta armonizadora e interpretativa para la aplicación de normas y la efectiva protección de los derechos dentro de ellas previstos[25]. Esta es precisamente la función del principio *pro homine,* que es esencial –además– para poder comprender las formas y mecanismos mediante los cuales aquellos instrumentos internacionales aludidos en las cláusulas de remisión, ingresarían al ordenamiento jurídico ecuatoriano y la razón detrás de tal inclusión. Como menciona el Dr. Yota Negishi, el principio proporciona la oportunidad de reconsiderar la relación global entre el DIP y el derecho interno[26], hablando así de una compatibilidad entre ambos ámbitos en lugar de una posible jerarquía[27]. La Corte Constitucional ha arribado a esta conclusión en varios de sus pronunciamientos[28], llegando incluso a afirmar que:

> [Como] regla de interpretación de los derechos constitucionales/humanos el principio *pro homine* o pro persona constituye una amalgama entre el derecho interno e internacional de los derechos humanos, y además, un criterio hermenéutico en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restric-

23 "Artículo 137.- La Constitución es la ley suprema de Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tienen valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción la Constitución o alteraren sus prescripciones". Constitución Política del Ecuador. Artículo 137. Registro Oficial 800 de 27 de marzo de 1979. Cuerpo legal derogado.

24 *Cfr.* Constitución Política de la República del Ecuador. Artículos 17, 18, 23, 24. Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998.

25 Para más información respecto del principio *pro homine* como pauta interpretativa, *vid.* Pinto, Mónica. *El principio* pro homine*: Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos*. En: Abramovich, Víctor, Bovino, Alberto, y Courtis, Christian. *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, pp. 163-172; Caicedo Tapia, Danilo. "El bloque de constitucionalidad…". *Óp. cit.,* p. 7; Manili, Pablo. *El bloque de constitucionalidad: La recepción del derecho internacional de los derechos humanos en el Derecho Constitucional argentino.* Buenos Aires: La Ley, 2003, p. 120; Zagrebelsky, Gustavo. *El derecho dúctil. 3.*ª ed. Madrid: Trotta, 1999, p. 14.

26 Negishi, Yota. "The *Pro Homine* Principle's Role in Regulating The Relationship between Conventionality Control and Constitutionality Control." *European Journal of International Law* 28/2 (2017), p. 474.

27 *Vid.* Sala de lo Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador. *Decisión 52-2003/56-2003/57-2003.* Sentencia, 1 de abril de 2004.

28 *Cfr.* Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 265-15-SEP-CC.* Sentencia, 12 de agosto de 2015; Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 014-16-SIN-CC.* Sentencia, 2 de marzo de 2016.

> ciones permanentes al ejercicio de los derechos[29].

Por otro lado, y como se ha dicho anteriormente, el principio en cuestión tiene como consecuencia primordial la no regresividad del contenido y la ejecutabilidad de los derechos. Asimismo, ya ha sido recogido expresamente por la Constitución de 2008 en su artículo 11.8, que prescribe la inconstitucionalidad de "cualquier acción u omisión de carácter regresivo, que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos"[30]. Por otro lado, la Corte Constitucional también ha señalado que:

> [Según] el principio de progresividad, los derechos constitucionales tienen tal importancia que, una vez que han sido establecidos o consagrados en la Constitución o los instrumentos internacionales, no podrán ser disminuidos, desmejorados ni eliminados […] De este modo, la progresividad de los derechos constituye un mandato para los poderes públicos[31].

Habiendo explicado ambos principios, su alcance resulta evidente, en cuanto justifica la integración de tratados y demás instrumentos internacionales al bloque de constitucionalidad del Ecuador. A partir de todo esto surge, sin embargo, una interrogante respecto de la forma en la que las normas antes referidas se insertarían en el ámbito interno y si todas pueden ser incluidas como parte del *corpus iuris* internacional. Como se verá más adelante, existen diferencias trascendentales en este ámbito entre normas de tratado y los demás instrumentos internacionales que se ven incluidos en el bloque (infra § 3.1). Como regla general, y en aplicación del pensamiento de Kelsen, Kunz o Scelle[32], un tratado ingresaría al sistema ecuatoriano bajo una suerte de teoría monista, que presupondría una constante interacción entre el ordenamiento jurídico internacional y el interno, conformando así un mismo universo de Derecho. Sin embargo, este no es un postulado fijo, pues existen ciertas normas constitucionales –el artículo 438, predominantemente[33]– que exigen un análisis de compatibilidad entre tratados y el ordenamiento ecuatoriano, realizado por la Corte Constitucional.

Ahora bien, cabe recalcar una vez más que esta teoría de integración –que supone una suerte de monismo moderado–, se aplicaría únicamente a tratados, considerando que estos conllevan un consentimiento expreso de los Estados manifestado a través de su ratificación o adhesión. A lo largo de la presente investigación, se

29 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 017-17-SIN-CC.* Sentencia, 7 de junio de 2017.

30 "Artículo 11.- El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: […] 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos". Constitución de la República del Ecuador. Artículo 11. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

31 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 008-13-SIN-CC. Sentencia, 13 de junio de 2013,* p. 12.

32 *Cfr*. Becerra Ramírez, Manuel. L*a recepción del derecho internacional en el derecho interno*. México DF: Universidad Autónoma de México (UNAM), Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 14-15.

33 "Artículo 438.- La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley: 1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional". Constitución de la República del Ecuador. Artículo 438. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

pretende explicar por qué las facultades de la Corte Constitucional para determinar la compatibilidad entre tratados y el derecho interno no serían aplicables respecto de los demás instrumentos internacionales, a pesar de que ellos sí se entienden parte del bloque. Se busca, entonces, definir y analizar aquellos mecanismos particulares en los que tales instrumentos pasarían a formar parte del bloque, considerando las cláusulas de remisión que hace la misma Constitución, así como los principios *pro homine* y de no regresividad.

3. Normas de *soft law* como instrumentos internacionales

Cuando se habla de fuentes en el DIP y todas sus ramas, particularmente el DIDH[34], el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (en adelante, ECIJ) es la base legal a la que hay que referirse. Este establece:

> 1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:
> a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;
> b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;
> c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;
> d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59[35].

A partir de esta norma internacional establecida en 1920[36], se ha ido desarrollando el DIP hasta como se lo conoce hoy. Sin embargo, hay que tomar en cuenta que, en el siglo XX, los sujetos del DIP eran principalmente los Estados[37]. Hoy, después de casi 100 años de su redacción, el panorama es muy diferente al que vieron los legisladores de la época: el DIP cuenta con muchos más sujetos capaces de contraer derechos y obligaciones en el plano internacional y, por ende, con nuevas y diferentes formas de expresión de la voluntad.

A partir de esta rápida evolución, "[l]as fuentes enlistadas en el artículo 38 (1) del [ECIJ] son consideradas como las fuentes 'tradicionales' del [DIP]"[38]. Van Hoof las analiza y explica que "la ya limitada utilidad de fuentes distintas a los tratados y costumbre […] se ha disminuido debido a los cambios en la estructura de la so-

34 Se ha decidido referir específicamente el DIDH, considerando la remisión expresa que hace la Constitución de 2008 a instrumentos internacionales de DD. HH.

35 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945). Artículo 38.

36 *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel. *La recepción del Derecho Internacional…* Becerra explica que, si bien el Estatuto de la Corte Internacional de Justicia fue redactado en 1945, su antecedente es el Estatuto de la Corte Permanente de Justicia Internacional (en adelante, CPJI), instrumento redactado en 1920. "[E]n 1945, los fundadores de la ONU, tomaron la formulación de las fuentes del derecho internacional de su antecedente CPJI y lo plasmaron en el artículo 38-1 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia que en poco se separa de su antecedente". *Eiusdem.*

37 *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel. *La recepción del Derecho Internacional…;* Becerra Ramírez, Manuel. *Las fuentes contemporáneas del Derecho Internacional. CDMX: UNAM, 2017,* p. 116.

38 Traducción libre. Olivier, Michèle. "The Relevance of 'Soft Law' as A Source of International Human Rights". *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa* 35/2 (2002), p. 289.

ciedad internacional en décadas recientes"[39]. Por lo tanto, "[e]l espectro completo del [DIP] no está completamente cubierto bajo los tratados y la costumbre internacional. Un problema pertinente experimentado con las fuentes del artículo 38 es su capacidad para explicar el estatus de expresiones del [DIP] recientemente desarrolladas"[40]. Este hecho da apertura a un debate doctrinario respecto a si las fuentes del artículo 38 del ECIJ son *numerus clausus o numerus apertus*[41]; no obstante, la presente investigación parte desde el punto de vista de que las nuevas formas de expresión de los sujetos internacionales sí son fuentes del DIP no descritas en el ECIJ, argumento que se explicará a lo largo del artículo.

Ahora bien, independientemente de este debate, es innegable que, dentro de las fuentes "tradicionales", está lo que se considera como *hard law*[42] o instrumentos de obligatorio cumplimiento para los Estados por ser fuentes principales, siendo estos los tratados[43], la costumbre internacional (*infra* § 4), y los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas[44]. Empero –y esta es una de las razones principales por las que se considera en esta investigación que el ECIJ es simplemente una base o punto de partida–, también es innegable que, en el plano internacional, existen instrumentos que no tienen carácter vinculante, pero que son jurídicamente relevantes; siendo estos algunas de las nuevas formas de expresión de la voluntad en el DIP, conocidas generalmente como normas de *soft law* o derecho blando.

El concepto de soft law es atribuido al "jurista inglés Lord Mc Fair, [quien] usaba el término como sinónimo y como una manera de diferenciar las proposiciones de *lege lata* y *lege ferenda*. [Pero] [u]na corriente doctrinal adoptó el término de *soft law* y le dio un significado mucho más amplio"[45]; por lo que ahora se conoce generalmente como soft law a instrumentos internacionales que se desarrollan "cuando uno o más de los elementos de obligación, precisión o delegación está debilitado"[46]. En otras palabras, soft law es cualquier instrumento internacional

39 Traducción libre. *Id., p. 290. Cfr. Barberis, Julio. Formación de derecho internacional.* Buenos Aires: Ábaco Rodolfo de Palma, 1994, p. 257.

40 Traducción libre. Olivier, Michèle. "The Relevance of 'Soft Law'…". *Óp. cit.*, p. 290.

41 *Cfr. Ibíd.* Respecto al debate sobre el carácter taxativo del artículo 38 del ECIJ, *vid.* Shelton, Dinah. *Commitment and Compliance: The Role of Non-binding Norms in The International Legal System*. Oxford: Oxford University Press, 2000, p. 6; Becerra Ramírez, Manuel. *La recepción del Derecho Internacional… Óp. cit.*, p. 4.

42 Sobre el proceso de adopción de instrumentos internacionales vinculantes, *vid.* Shelton, Dinah. *Commitment and Compliance… Óp. cit.*, pp. 5-6; Robinson, Tracy. *Legalising norms related to sexual, gender and bodily diversity in the inter-American human rights system*, p. 2. Disponible en https://law.yale.edu/system/files/area/center/kamel/sela17_robinson_cv_eng.pdf (acceso: 2017).

43 "Artículo 2.- 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular". Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969). Artículo 2, numeral 1, literal a).

44 "La doctrina moderna no está en un todo de acuerdo sobre la naturaleza de los principios generales de derecho como fuentes creadoras de normas jurídicas internacionales. Tratadistas como Rousseau, Starke y Podesta Costa, por distintos motivos, no le dan a los principios generales de derecho jerarquía de fuentes principales, sino de meras fuentes subsidiarias o auxiliares en la verificación de las reglas del derecho internacional. Estas posturas doctrinarias no se compadecen con el contenido del artículo 38, 1 del [ECIJ]". Moncayo, Guillermo; Vinuesa, Raúl y Gutiérrez Posse, Hortensia. *Derecho Internacional Público.* Tomo I. Buenos Aires: Zavalia, p. 148.

45 Becerra Ramírez, Manuel. *Las fuentes contemporáneas... Óp. cit.*, p. 116. *Cfr. Del Toro Huerta, Mauricio Iván. "El fenómeno del soft law…". Óp. cit.*, p. 518.

46 Traducción libre. Robinson, Tracy. *Legalising norms related to sexual… Óp. cit.,* p. 3.

que no se acople o adecúe a las fuentes tradicionales del DIP y a sus elementos constitutivos, siendo estos "*usus* y *opinio iuris (infra* § 4) en el caso de la costumbre, o consentimiento expreso para estar obligado en el caso de los tratados"[47].

La terminología del concepto de *soft law* ha generado ciertas críticas en el mundo doctrinario, principalmente porque se alega que la ausencia de obligatoriedad no implica que se trate de un derecho blando per se justamente por la relevancia jurídica detrás de estas normas. Consecuentemente, el uso del término *soft law* "induce a error y es contradictorio"[48] porque lleva a pensar que estas normas no son importantes por tener la palabra "*soft*" en ellas; pero al lado también se encuentra la palabra "*law*" que ya implica relevancia. Así como en el mencionado debate acerca de la naturaleza del artículo 38 del ECIJ, esta investigación no entrará a analizar a fondo los temas relacionados con la certeza del término *soft law* y, en este caso, se lo verá netamente como una norma no vinculante pero jurídicamente relevante[49].

Un tema que sí se tratará a profundidad en esta investigación es el cumplimiento de las normas de *soft law* a pesar de su evidente carencia de obligatoriedad. Respecto a esta cuestión, existe un aspecto muy claro, y es que varios autores alegan que las normas de soft law, si bien no tienen fuerza obligatoria, "[juegan] un papel importante al facilitar y movilizar el consentimiento de los Estados requerido para establecer leyes internacionales vinculantes"[50]; es decir, tienen una fuerza persuasiva más que una obligatoria.

Así, se pueden considerar como normas de *soft law* del DIDH a algunos instrumentos como[51]: (i) resoluciones de la Asamblea General de organizaciones intergubernamentales como la Organización de Estados Americanos (en adelante, OEA); (ii) declaraciones, como la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, la Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas; o, (iii) en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante, SIDH), las Opiniones Consultivas o sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH). Respecto de los instrumentos mencionados del SIDH, se debe aclarar nuestra consideración respecto de los mismos, puesto que, si bien la jurisprudencia es considerada como fuente según el artículo 38 del ECIJ, no se debe dejar de lado que en el DIP no existe una regla de *stare decisis*[52], lo que significa que la jurisprudencia es solamente vinculante *inter partes* y, para su efecto erga omnes, se puede considerar a las sentencias como normas de *soft law.* Lo mismo

47 Traducción libre. Olivier, Michèle. "The relevance of 'soft law'…". *Óp. cit.*, p. 294.

48 Traducción libre. Blutman, László. "In The Trap of A Legal Metaphor: International Soft Law". *The International and Comparative Law Quarterly 59/3 (2010),* p. 605.

49 Sobre el debate respecto al término *soft law, vid. Ibíd.*

50 Traducción libre. Olivier, Michèle. "The Relevance of 'Soft Law'…". *Óp. cit.*, p. 289.

51 Es pertinente aclarar que existen divergencias en la doctrina respecto de qué instrumentos tienen el carácter de *soft law.* La discusión nace principalmente por la amplitud y ambigüedad del término, por lo que la doctrina no parece ponerse de acuerdo al respecto. No obstante, la definición de normas de *soft law* es clara y no hay discusión sobre aquello. Esta investigación analiza distintos instrumentos internacionales que considera que entran en esta categoría.

52 Estatuto de la Corte Internacional de Justicia (1945). Artículo 59. Es más, el propio artículo 38 de este mismo cuerpo legal hace referencia al artículo 59 sobre la inexistencia de una regla de *stare decisis.*

se puede decir de las Opiniones Consultivas, que se podrían considerar vinculantes (a pesar de que no existe norma expresa que lo ratifique) para el Estado que decidió preguntar a la Corte IDH, pero, para los demás, se las puede ver como *soft law,* puesto que existe indudable relevancia jurídica por ser una interpretación autorizada[53] de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH)[54] (*nfra* § 3.1, literal b).

La característica común de los instrumentos mencionados es que ninguno es vinculante *erga omnes,* pero la fuerza persuasiva detrás de ellos es la que permite darles relevancia jurídica. Así, por ejemplo, las resoluciones de la Asamblea General de la OEA no son vinculantes[55]. No obstante, son negociadas por miembros de la misión enviada de cada Estado en el Consejo Permanente[56] y aprobadas en consenso[57], lo que implica que los Estados están tomando una posición sobre el tema y, por el principio de *estoppel*, no se pueden ir en contra de su conducta. Otro ejemplo de la fuerza persuasiva de las normas de soft law se puede ver en la interpretación autorizada de la CADH, puesto que lo que interpreta la Corte IDH respecto de este tratado es una conducta que se espera de los Estados para garantizar los derechos humanos, y que se ve reflejada por el control de convencionalidad (concepto que se explicará en la sección § 5.2). En el mismo sentido, existe fuerza persuasiva cuando instrumentos no vinculantes sirven como base para la formación de instrumentos que sí lo son; por lo que su esencia está contenida en normas obligatorias (*infra* § 5.3).

Por lo tanto, la fuerza persuasiva de las normas de *soft law* en el DIDH llama a los Estados a velar por los DD. HH. de las personas en su jurisdicción, ya sea a través del mantenimiento de una conducta particular para no violar el principio de *estoppel*[58]; a través del control de convencionalidad para procurar que los derechos de la CADH sean garantizados satisfactoriamente; o sentando bases para la formación de *hard law.*

3.1. Distintos tipos de normas de *soft law* en el DIDH

Una vez introducido el concepto de *soft law, l*os debates alrededor de estas normas, y sus características más importantes (no obligatoriedad, relevancia jurídica y fuerza persuasiva), se puede ahondar en otros aspectos particulares para identificar los distintos grados de persuasión de las mismas. Para tal efecto, se analizará la forma y contenido de los instrumentos internacionales para determinar si ellos son complementarios entre sí, o si la obligatoriedad y no obligatoriedad dibujan

53 Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Artículos 62 y 64.

54 Sobre *la jurisprudencia como fuente del DIP, vid. Diez de Velasco, Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público.* Madrid: Tecnos, 2002, pp. 100-103; Moncayo, Guillermo; Vinuesa, Raúl y Gutiérrez Posse, Hortensia. Derecho Internacional Público… *Óp. cit.* pp. 153-154.

55 A diferencia de las resoluciones del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas. Carta de las Naciones Unidas (1945). Artículo 25.

56 Estatuto del Consejo Permanente de la Organización de Estados Unidos Americanos (2002). Artículo 2.

57 *Cfr*. Robinson, Tracy. Legalising Norms Related to Sexual… *Óp. cit.*, p. 3.

58 *Cfr*. Shelton, Dinah. "Normative Hierarchy in International Law". *American Journal of International Law* 100/2 (2006), p. 319.

una línea clara de división entre los instrumentos[59]. La profesora Dinah Shelton ha desarrollado un esquema donde “la interacción entre forma y contenido lleva a cuatro alternativas posibles”[60]:

CONTENIDO	FORMA	
	Vinculante	No vinculante
Normativo	Ley	Compromiso
Inspiración promocional	Exhortatorio	Libertad de acción

Partiendo de esto, los instrumentos internacionales pueden ser de cuatro tipos, dependiendo de su contenido o forma; y, consecuentemente, “[l]as concepciones de lo que es ‘derecho’ [en el DIP y DIDH, específicamente], pueden deslizarse entre estas categorías”[61]:

3.1.1. Ley

Esta categoría es bastante clara, puesto que los instrumentos que pertenecen a ella son vinculantes y tienen un contenido normativo (es un Derecho puro y duro). Se trata de instrumentos vinculantes en los cuales los Estados han dado su consentimiento expreso para obligarse, como, por ejemplo, la CADH, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, o normas consuetudinarias como la igualdad soberana según el DIP. En otras palabras, son todas las fuentes principales o *hard law* según el artículo 38 del ECIJ.

3.1.2. Compromiso

En esta categoría entran, por ejemplo, las mencionadas resoluciones de la Asamblea General de la OEA porque no son vinculantes –y, de hecho, esa puede ser una de las razones por las que los Estados votan a favor de ellas[62]–, pero tienen también un carácter normativo debido a su contenido y, consecuentemente, no son jurídicamente irrelevantes. Es decir, son normas de *soft law* porque no se acoplan a las fuentes tradicionales del DIP. No está por demás aclarar que no todas las resoluciones de organizaciones internacionales tienen este carácter, puesto que, excepcionalmente, y por su relevancia en plano internacional, se pueden convertir en *hard law,* lo que haría de ellas normas vinculantes para los Estados

59 *Cfr.* Shelton, Dinah. *Commitment and Compliance… Óp. cit.,* p. 4.
60 Traducción libre. *Ibíd.* La profesora Shelton hace su estudio desde el DIP, tomando cuatro ramas específicas: Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional Ambiental, Control de Armas, y Derecho Internacional Financiero.
61 Traducción libre. *Ibíd.*
62 *Cfr. Olivier, Michèle.* “The Relevance of ‘Soft Law’…”. *Óp. cit.*, p. 292.

parte de la organización[63].

En este tipo de instrumentos, existe "[u]na obligación moral o política que no es vinculante"[64] porque detrás de ellos hay una conducta estatal –ya sea consentimiento o aquiescencia– que los acepta. Es decir, hay detrás un compromiso de cada Estado que, de cierta forma, ya los obliga a no irse en contra de sus acciones. Por ejemplo, la República Bolivariana de Venezuela, la cual, por encontrarse en el proceso de denuncia de la Carta de la OEA[65], no participó en el 47.º Período Ordinario de Sesiones de esta organización y, por ende, no se acoge a las resoluciones adoptadas[66], por lo que no existe este compromiso con la organización ni con los demás Estados sobre lo resuelto en aquel período de sesiones concretamente.

Otros instrumentos que encajan en la categoría de compromisos internacionales son las igualmente mencionadas Opiniones Consultivas de la Corte IDH o la jurisprudencia vista *erga omnes.* En el SIDH específicamente, los Estados cuando ratifican la CADH "en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o adhesión […], o en cualquier momento posterior, [pueden] declarar que reconoce[n] como obligatoria de pleno derecho y sin convención especial, la competencia de la Corte"[67]. Por tanto, el haber reconocido la facultad contenciosa de la Corte IDH, la cual vela por los derechos humanos en las Américas –entre ellos los establecidos en la CADH–, reconoce también que los Estados aceptan toda decisión u opinión de este organismo en función con el principio *pro homine* y por tratarse de interpretación autorizada de la CADH[68]. Es decir, tienen un compromiso por adoptar lo resuelto –u opinado– por la Corte IDH por el control de convencionalidad (*infra* § 5.2).

Por tanto, detrás de todos los instrumentos internacionales que califican como compromisos, está siempre una conducta estatal que implica tanto no irse en

63 Por ejemplo, "[E]l TIJ […] en su dictamen de 1996 sobre *La legalidad de la amenaza o el uso de las armas nucleares,* aunque no haya reconocido finalmente valor consuetudinario a las numerosas Resoluciones de la AG que han proclamado en el empleo de armas nucleares constituye una ilegalidad y una violación a la Carta de la ONU". En: Diez de Velasco, *Manuel. Instituciones de Derecho Internacional Público. Óp. cit.*, p. 110.

En el mismo sentido, una excepción a las resoluciones como normas de *soft law* es la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada en una resolución de la Asamblea General de la ONU el 10 de diciembre de 1948, que tiene un valor jurídico sumamente importante en el plano internacional y se la podría considerar como costumbre internacional.

64 Shelton, Dinah. *Commitment and Compliance… Óp. cit.*, p. 4.

65 Carta de la Organización de Estados Americanos (1948). Artículo 143.

La República Bolivariana de Venezuela denunció la Carta de la OEA el 27 de abril de 2017. De acuerdo con el artículo 143 del mismo instrumento, deben transcurrir dos años desde la notificación de denuncia para que esta surta efectos. A la fecha de la redacción de esta investigación (febrero de 2018), todavía faltan 14 meses para saber qué pasará el 27 de abril de 2019.

66 Sobre todas las resoluciones, decisiones y recomendaciones adoptadas durante el 47.º Período Ordinario de Sesiones de la Asamblea General de la OEA, *vid.* OEA Cuadragésimo Séptimo Período Ordinario - Actas y Documentos Volumen I Cancún, Quintana Roo, México 19 - 21 de junio de 2017. Disponible en http://www.oas.org/es/council/AG/ResDec/ (acceso: 10/02/2018).

En el mismo sentido, la República de Cuba fue suspendida de la OEA a partir de una resolución de la Asamblea General del 31 de enero de 1962. El 3 de junio de 2009, un grupo de Estados de la organización decidió dejar sin efecto la resolución mediante la cual se había suspendido a la República de Cuba; de acuerdo al artículo 9, literal f) de la Carta de la OEA (1948). Sin embargo, esta resolución tendrá efecto únicamente en caso que Cuba decida voluntariamente regresar a la OEA para participar en todas sus actividades, y tener voz y voto en la adopción de resoluciones de la Asamblea General.

67 Convención Americana de Derechos Humanos (1969). Artículo 62, numeral 1.

68 Ecuador, particularmente, al momento de firmar su ratificación a la CADH, hace un reconocimiento expreso de la competencia de la CIDH y de la Corte IDH. Convención Americana sobre Derechos Humanos Suscrita en La Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32) (1969). Disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos_firmas.htm#Ecuador (acceso: 17/02/2018).

contra de sus propios actos, como una extensión de sus obligaciones ratificadas en tratados. Además, los Estados siempre van a estar involucrados en instrumentos de esta categoría, ya sea de manera directa –como pasa con las resoluciones de Asambleas Generales–; o indirecta –como pasa con las Opiniones Consultivas–.

3.1.3. Exhortatorio

Un claro ejemplo de un in strumento de esta categoría es la Declaración Americana de Derechos Humanos (en adelante, DADH). Este instrumento perteneció inicialmente a la categoría previamente descrita porque fue adoptada por la IX Conferencia Internacional Americana[69] celebrada en 1948 y nunca tuvo la intención de ser un instrumento vinculante. Sin embargo, el 14 de julio de 1989, la Corte IDH a través de su Opinión Consultiva OC-10/89 dijo que "[l]a circunstancia de que la [DADH] no sea un tratado no lleva […] a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos"[70].

Asimismo, y para motivar su opinión, la Corte IDH hace un análisis de la influencia de la DADH en la historia del SIDH, recordando que, al momento de la formación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), la CADH no entraba en vigencia todavía. A la CIDH, se le otorgó entonces la facultad de velar por la observancia de los DD. HH. mientras se preparaba la redacción de la CADH; y los derechos que debían ser observados eran aquellos previstos en la DADH. Años más tarde, el Estatuto de la CIDH ratifica esta facultad en su artículo 1[71]. Por lo tanto, sobre la base de la OC-10/89 y al control de convencionalidad detrás de ella, la DADH es obligatoria para los Estados miembro de la OEA y no se la puede ver como una mera declaración de buenos propósitos carente de efectos jurídicos.

La DADH pertenece a esta categoría porque su contenido evidentemente no es normativo (y nunca tuvo el propósito de serlo), pero, en el SIDH, ella sí tiene efectos jurídicos vinculantes[72].

3.1.4. Libertad de acción

A diferencia de las categorías anteriores, esta no conlleva ninguna clase de compromiso o conducta esperada de los Estados. Los Principios de Yogyakarta son un tipo de instrumento internacional que se acopla a las características de esta categoría porque fueron redactados por un grupo de especialistas en derechos humanos, provenientes de 25 países, quienes se reunieron en la Universidad de

69 Cfr. Rodríguez Rescia, Víctor. "El Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos". *Derecho y Realidad 22/2.º* semestre (2013); *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-10/89,* 14 de julio de 1989. Párrafo 34.

70 *Id., párrafo 47.*

71 *Cfr. Id., párrafos 38-47.*

72 Corte Interamericana de Derechos Humanos. C*aso Cabrera García y Montiel Flores* vs. *México*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de noviembre de 2010, párrafo 45.

Gadjah Mada en Yogyakarta, Indonesia, en 2006[73] con el propósito de adoptar un grupo de principios a favor de la orientación sexual y la identidad de género.

Sin embargo, este tipo de normas pueden potencialmente tener eventual relevancia por su contenido que puede servir de base para la creación o modificación de otros instrumentos internacionales. Esto es justamente lo que ha pasado con los mencionados Principios de Yogyakarta que son mencionados por la Corte IDH en la OC-24/17[74] y en la sentencia del caso *Duque vs. Colombia*[75] –ambos instrumentos dentro de la categoría de compromisos– lo que brinda un nivel de persuasión mucho más alto. Lo mismo ha pasado con las Normas de Turku, citadas en la sentencia del caso *Zambrano Vélez* vs. *Ecuador* de la Corte IDH[76].

A partir de estas categorías de instrumentos internacionales, se puede diferenciar las que se acoplan perfectamente al concepto de *soft law,* y son justamente aquellas que no son vinculantes en su forma, independientemente de su contenido; es decir, los compromisos y los instrumentos con libertad de acción. Es en este punto donde la idea de la fuerza persuasiva de las normas de soft law empieza a tener mucho más sentido porque, si bien el concepto es solo uno, hay distintos tipos de normas de *soft law* determinados, sobre todo, por quién las emitió. Es decir, un instrumento emitido por una organización intergubernamental que cuenta con facultad para hacerlo por la ratificación estatal; o un instrumento, como una resolución de la Asamblea General de la OEA, aprobado por Estados, va a tener una fuerza de persuasión mucho más fuerte y evidente que la que tiene un instrumento emitido por un grupo de reconocidos especialistas.

Ahora bien, habiendo analizado las diferentes clases de instrumentos internacionales, se puede inducir que ellos son en realidad "dos extremos en una línea de secuencia que va desde jurídicamente vinculante hasta libertad de acción"[77], y no completamente independientes –como se suele pensar–. Es decir, existe una especie de gradación de los instrumentos en donde, por ejemplo, una norma que estaba inicialmente en la categoría de compromiso se puede ir gradando hasta convertirse en un exhortatorio –como es el caso de la DADH–. O, asimismo, una norma bajo la categoría de libertad de acción puede ayudar a complementar compromisos, en que las normas *per se* no se gradan (no se convierten en compromisos), pero sí su esencia –como en el caso de los Principios de Yogyakarta–. En consecuencia, el lugar que

73 Cfr. Principios de Yogyakarta (2006). Introducción a los Principios de Yogyakarta. Disponible en https://yogyakartaprinciples.org/introduction-sp/ (acceso: 10/02/2018).

74 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-24/17, 24* de noviembre de 2017. Párrafos 112, 129, 138, 148, 155, 196.

75 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Duque* vs. *Colombia.* Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de febrero de 2016, párrafo 110.

76 Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Zambrano Vélez* vs. *Ecuador.* Fondo, Reparaciones y Costas, 4 de julio de 2007, párrafo 51.

77 Traducción libre. Shelton, Dinah. *Commitment and Compliance… Óp. cit.*, p. 4.
Sobre el concepto de gradación de instrumentos internacionales, *vid. Becerra Ramírez, Manuel. Las fuentes contemporáneas del Derecho Internacional. Óp. cit.*, p. 120; Del Toro Huerta, Mauricio Iván. "El fenómeno del soft law…". *Óp. cit.*
Bajo el mismo razonamiento, el profesor Prosper Weil, autor del famoso artículo: *Towards Relative Normativity in International Law? asegura que "esta supuesta gradación puede convertirse en un fenómeno patológico que amenace la naturaleza positiva del derecho internacional". En: Del Toro Huerta, Mauricio Iván. "El fenómeno del soft law… ". Óp. cit.,* p. 520.

los instrumentos ocupan en la gradación determina y justifica su nivel de persuasión –para normas de *soft* law–, o su nivel de obligatoriedad –para normas vinculantes–.

Esta idea podría ser perjudicial para los Estados, sobre todo por la aparente carencia de seguridad jurídica que se puede generar. Ellos alegan que solamente existe un sistema binario de normas vinculantes y no vinculantes en razón de que tomaron decisiones consentidas y soberanas de adherirse o no a un instrumento[78]. Sin embargo, y como se verá más adelante, el mero hecho de ratificar un instrumento no es suficiente para el cumplimiento de las obligaciones internacionales porque, a pesar del distinto nivel de persuasión y de gradación en el que se encuentre, "parece que los instrumentos vinculantes y no vinculantes tienen esencialmente el mismo objetivo concreto de regular la conducta de los Estados en sus relaciones internacionales para dar un poco de estabilidad y hacer a la conducta estatal más predecible"[79]. En el campo del DIDH, lo que se espera principalmente de los Estados es respetar y garantizar los DD. HH.; por lo que, si los Estados adoptan una conducta respecto de un instrumento internacional no vinculante para cumplir con este objetivo específico, su comportamiento es absolutamente plausible.

4. *Compliance* como elemento clave de las normas de *soft law*

Antes de empezar a explicar la importancia del *compliance* dentro de las normas de *soft law*, y el papel que juegan tanto este elemento como su nivel de persuasión para que los Estados adopten ciertas conductas, es oportuno aclarar que la acepción del término compliance que se usará en esta investigación no tiene ningún tipo de relación con las políticas anticorrupción que suelen ser adoptadas dentro de las empresas[80]. Esta investigación ha tomado, como una de sus fuentes principales, los estudios de la profesora estadounidense Dinah Shelton. Ella hace alusión al término *compliance* en inglés, pero consideramos que su traducción al español alteraría su significado literal, razón por la cual hemos decidido mantener la esencia del mismo, conservándolo en su idioma original. Por tanto, *compliance*, en el DIP, se refiere a la práctica estatal y aplicación de un instrumento internacional[81].

Considerando que la noción de la práctica estatal es asociada usualmente a la formación de una costumbre internacional, se expondrán a continuación sus elementos constitutivos, para después diferenciarlos respecto de las normas de *soft law* y entender el *compliance* que se puede generar sobre estas últimas.

Los dos requisitos básicos para la formación de una norma consuetudinaria son: (i) el elemento material o diuturnitas y; (ii) la opinio iuris sive necessitatis o ele-

78 *Cfr*. Shelton, Dinah. "Normative Hierarchy in International Law…". *Óp. cit.*, pp. 320-321.
79 Traducción libre. Olivier, Michèle. "The Relevance of 'Soft Law'…". *Óp. cit.*, p. 298.
80 Sobre *compliance y* la práctica de políticas anticorrupción en Ecuador, vid. Muriel Bedoya, Bernarda. *"Compliance:* su evolución y desafíos en Ecuador, ¿hacia dónde ir?" *USFQ Law Review* IV (2017), pp. 159-183.
81 *Cfr*. Shelton, Dinah. *Commitment and Compliance*… *Óp. Cit.*; *Cfr*. Shelton, Dinah. "Normative Hierarchy in International Law…". *Óp. cit.*

mento espiritual. Por un lado,

> [e]l elemento material, consistente en la repetición de actos, se puede manifestar de formas diversas, bien por la actuación positiva de los órganos de varios Estados en un determinado sentido, por leyes o sentencias internas de contenido coincidente, por la repetición de usos, por instrucciones coincidentes de los Gobiernos a sus agentes y funcionarios, por determinadas prácticas en el seno de las organizaciones internacionales, etc[82].

Mientras que la *opinio iuris sive necessitatis* "es la convicción de que los sujetos internacionales se encuentran ante una norma obligatoria jurídicamente"[83]. En consecuencia, para la formación de una norma consuetudinaria internacional, los Estados practican un instrumento con el convencimiento que se desarrolla sobre la obligatoriedad del mismo.

Lo interesante respecto de las normas de *soft law e*s que los Estados las practican, a pesar de su evidente falta de obligatoriedad, por el nivel de persuasión que existe en ellas. En consecuencia, los Estados practican una norma de *soft law* de buena fe atendiendo a la conducta que se espera de ellos, particularmente en el DIDH, que es actuar en función del principio *pro homine* de acuerdo a un compromiso unilateral hacia las personas que se encuentran en su jurisdicción.

Bajo el mismo razonamiento, si bien la práctica internacional es una sola, existe una diferencia importante entre la práctica que crea costumbre, y aquella que es producto de la fuerza persuasiva de las normas de soft law y de la buena fe estatal. En la primera, se espera una conducta similar de parte de los otros Estados de la comunidad internacional para empezar a desarrollar el proceso de surgimiento de una norma consuetudinaria –es decir, la gradación de la norma–; mientras que, en la segunda, la práctica es individual de cada Estado e independiente de las conductas ajenas[84].

Por otro lado, como se ha visto, la fuerza persuasiva que existe en un instrumento que es un compromiso, es indudablemente mucho más alta respecto de un instrumento que tiene libertad de acción. La razón radica en que los compromisos tienen detrás una obligación moral o política de acatarlos, sin importar la carencia de la fuerza vinculante; y por esto, el *compliance s*e puede dar con más facilidad respecto de ellos. En cuanto a los instrumentos con libertad de acción, sí se puede generar compliance en la medida en que se los use como base para la creación o modificación de una norma con más fuerza persuasiva como, por ejemplo, un compromiso o una norma de *hard law.* No obstante, viendo a este tipo de instrumentos por sí solos –sin haber sido gradados–, si los Estados tienen libertad de acción, claramente no tienen la mirada de la comunidad internacional sobre ellos, por lo que prefieren no adoptarlos. En otras

82 Diez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público… Óp. cit.,* pp. 108-109.
83 *Id.*, p. 109.
84 Como se mencionó en la sección § 2, cada Estado determina la forma cómo una norma entra al bloque.

palabras, si no hay compromiso (o ratificación), no hay compliance.

4.1. Buena fe como consecuencia del *compliance*

Aunando la situación del cumplimiento de las normas de *soft law* a través del compliance, ha salido a la luz la idea de la buena fe detrás de los comportamientos estatales. Sin embargo, esta idea puede conllevar dificultades puesto que el principio pacta sunt servanda está reglado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados[85], lo cual puede inducir a que este principio solamente sea aplicable al régimen convencional, y no al derivado de las nuevas manifestaciones de voluntad en el DIP, como son las normas de *soft law*.

Con el propósito de entender la influencia e importancia del principio pacta sunt servanda, hay que recurrir a sus inicios; es decir, el derecho interno de cada uno de los Estados.

> [C]onforme la sociedad humana evoluciona, con el resultado de que las relaciones sociales y comerciales se convierten en más frecuentes y más complicadas, la regla que requiere que los acuerdos sean ejecutados de buena fe, se vuelve cada vez más importante. Esta verdad fue afirmada por Platón, quien escribió que, en sus relaciones con extraños, los hombres deben tratar a un contrato como algo sagrado, mientras a Cicerón se lo ha atribuido la frase *pacta sunt servanda* citada desde entonces como un máximo legal fundamental[86].

Así, poco a poco, el principio de buena fe fue posicionándose en el derecho doméstico de cada Estado como consecuencia de la eminente necesidad de contar con una especie de certeza que atraviese todas las relaciones jurídicas; siendo ahora un principio fundamental del Derecho Privado. Volviendo la mirada hacia el DIP, la buena fe o *pacta sunt servanda* es una mera adecuación del derecho interno a escala internacional. Por lo tanto, existe la misma intención para los sujetos del DIP que para las partes de un contrato privado.

En este sentido, en el desarrollo del DIP, fue una medida comprensible tomar el principio *pacta sunt servanda* para el Derecho de los Tratados, sobre todo porque los Estados los ratificaban de manera voluntaria y soberana. No obstante, y como se ha venido afirmando, la Convención de Viena fue redactada bajo una mirada específica de la sociedad internacional y, en la actualidad, existen nuevas manifestaciones de la voluntad estatal las cuales, en el campo del DIDH, tienen el fin de regular la conducta de los Estados y velar por los DD. HH. de las personas bajo su jurisdicción, por lo que pueden –y deben– ceñirse también al principio

85 *Cfr.* Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969). Artículos 26 y 31.
86 Traducción libre. Whitton, John B. "The Sanctity of Treaties (*Pacta Sunt Servanda*)", *International Conciliation* (1935), p. 397.

pacta sunt servanda[87]. Por consiguiente, la buena fe es evidente en los tratados internacionales y normas vinculantes; pero, en las normas de *soft law* como compromisos, ella se ve reflejada por el compliance de los Estados.

Particularmente, la jurisprudencia de la Corte IDH o sus Opiniones Consultivas, ambas vistas desde una perspectiva erga omnes son compromisos en donde el compliance, y su consecuente buena fe, se ven como una extensión de las obligaciones ratificadas por los Estados en la CADH. Los Estados, de buena fe, adoptan una Opinión Consultiva o toman como referencia una sentencia para implementarlas indirectamente en su legislación interna y garantizar adecuadamente, y acorde a la interpretación evolutiva de la CADH, los DD. HH. Todo esto, lo hacen mediante el control de convencionalidad como una forma de compliance e implementación (infra § 5.2).

5. Análisis de la aplicación de instrumentos internacionales en Ecuador

A partir de las ideas generadas hasta este punto, hay que tener clara la visión de las normas de *soft law* desde el DIDH y desde el derecho interno de cada Estado, particularmente, el del Ecuador.

Desde el punto de vista del DIDH, es claro que existen distintos tipos de instrumentos internacionales –que se pueden ir gradando–, y además, que los Estados practican normas no vinculantes sin necesidad de haberlas ratificado, atendiendo a los principios *pacta sunt servanda, pro homine* y no regresividad. La conducta que toman los Estados hace que, en el futuro, ellos no se puedan ir en contra de sus propios actos, por lo que, desde el DIP, si bien la norma de *soft law* no se convierte en *hard law* –a menos que exista el elemento de la *opinio iuris sive necessitatis* y se convierta en costumbre–, sí existe una conducta que los Estados no pueden desconocer. Asimismo, la eventual gradación le resta importancia a las ratificaciones, pues cualquier instrumento puede generar *complianc*e de un Estado como cumplimiento de sus obligaciones internacionales de acuerdo con el DIDH.

Ahora, atendiendo a la interrogante de qué consecuencias acarrea la aplicación de normas de *soft law* en el derecho interno[88], se deben analizar algunos aspectos. En primer lugar, que la aplicación de instrumentos de *soft law* está indiscutiblemente ligada a la idea de compliance y buena fe, ambos manifestados en

87 Haciendo alusión al debate sobre de la viabilidad del principio *pacta sunt servanda;* en contraposición con la teoría establecida en esta investigación, la doctrina institucionalista italiana "[r]echaza el principio pacta sunt servanda como no susceptible de demostración o como un postulado, y […] nos dice que 'si este es jurídico, será necesario probar su juridicidad, ya que en otro caso no puede asumir el fundamento del ordenamiento jurídico". En: Diez de Velasco, Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público… Óp. cit.,* p. 85. Respecto a este punto de vista, hay que aclarar que la forma predominante de justificar el *compliance* de los Estados de las normas de soft law es únicamente la buena fe. Si los Estados no tienen el peso de una norma vinculante que los puede hacer responsables internacionalmente, y a pesar de eso, cumplen la norma; esto lo hacen por buena fe.

88 Como se vio en la sección § 2, un tratado, a diferencia de los demás instrumentos internacionales, ingresa al ordenamiento jurídico ecuatoriano después de haber pasado un examen de compatibilidad con las normas internas realizado por la Corte Constitucional.

una línea de gradación que justificaría, a su vez, los distintos niveles de persuasión de cada uno de tales instrumentos. Así, por no ser este un sistema binario que considere únicamente lo vinculante o no vinculante de una norma, existe gradación como consecuencia del compliance; y, se llega a la idea que existen distintas formas de aplicar instrumentos de soft law, es decir de implementarlos en el derecho interno.

La implementación de instrumentos significa que ellos estén expresados de manera directa en la legislación de un Estado[89]; a diferencia del compliance que, como se ha visto, es un concepto mucho más amplio y que no requiere la inclusión expresa de normas en el ordenamiento interno. Es decir, puede existir compliance sin implementación, pero no implementación sin compliance.

De acuerdo a lo analizado a lo largo de la investigación, en Ecuador, la implementación de normas de soft law se puede ver reflejada, por ejemplo, en: (i) el reconocimiento ejecutivo expreso de normas de *soft law*; (ii) el control de convencionalidad; o, (iii) el uso de normas de soft law como base para otras normas internas. A continuación, se analizará cada una de las formas de implementación a través de casos concretos.

5.1. Reconocimiento ejecutivo expreso de una norma de *soft law*

Un claro ejemplo del reconocimiento de una norma de *soft law* es el caso del Decreto Ejecutivo 1182 llamado "Reglamento para la aplicación en el Ecuador del derecho al refugio establecido en el artículo 41 de la Constitución de la República, las normas contenidas en la Convención de las Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y en su Protocolo de 1967" y la consecuente demanda de inconstitucionalidad sobre el mismo. En la demanda, se considera que –además de otras disposiciones– "el artículo 8 del decreto 1182 contiene la definición de refugiado de la Convención sobre Refugiados de 1951, pero omite la definición dispuesta por la Declaración de Cartagena de 1984"[90]. La Corte, por su parte, considera expresamente a la Declaración como "un instrumento de carácter no vinculante para los Estados [pero que] contiene varias innovaciones, tales como una ampliación del término refugiada o refugiado"[91].

Por tanto, a pesar de ser indudablemente una norma de *soft law*[92], la Corte Consti-

89 *Cfr*. Shelton, Dinah. *Commitment and Compliance… Óp. cit.*, p. 5.

90 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 002-14-SIN-CC, 14 de agosto de 2014, p. 24.*

91 *Id., p. 38.*

92 La Declaración de Cartagena fue adoptada en el Coloquio sobre la protección internacional de los refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas jurídicos y humanitarios; evento celebrado en Cartagena, Colombia, del 19 al 22 de noviembre de 1984. Fue un coloquio organizado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (en adelante, ACNUR), "al que asistieron representantes del ACNUR y del PNUD, expertos en derechos humanos de toda la América Latina y representantes de los Gobiernos de Belice, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela". Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe Anual (1993), capítulo V, literal B, numeral 2. Disponible en https://www.cidh.oas.org/annualrep/93span/cap.Vc.htm (acceso: 15/02/2018).

tucional en ningún momento negó o desestimó la demanda de inconstitucionalidad por tener base en la Declaración de Cartagena. Decisivamente, la misma entidad afirmó que el Decreto 1182 será considerado constitucional en cuanto se agregue la ampliación de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena[93] al artículo 8 del decreto[94]; logrando así, un reconocimiento expreso del órgano ejecutivo sobre una norma de *soft law.*

5.2. Control de convencionalidad

Otra forma de implementación de normas de *soft law* en el ordenamiento ecuatoriano consiste en la doctrina del control de convencionalidad, misma que ha sido ya mencionada reiteradamente en la investigación, particularmente en cuanto a las competencias de la Corte IDH (supra § 3.1, literal b). Esta figura –particular de América Latina–, además de haber sido desarrollada por distintos pronunciamientos de la Corte IDH[95], ha sido "discutida e incorporada en varios sistemas jurídicos nacionales a través de decisiones de los más altos tribunales"[96], actividad conocida como control de convencionalidad difuso[97].

Existe, entonces, una "obligación a cargo de todas las autoridades de Estados parte [de la CADH] al interpretar cualquier norma jurídica nacional (Constitución, ley, decreto, reglamento, etc.) de conformidad con [este tratado] y en general, con el *corpus iuris interamericano"*[98].

Este es el caso, por ejemplo, de la *Sentencia 008-16-SEP-CC de la Corte Constitucional ecuatoriana*[99], en la cual se declara que no existió una vulneración a los derechos de seguridad jurídica y debido proceso en el marco de una acción extraordinaria de protección. Para llegar a esta conclusión, la Corte hace un análisis, tanto de normas constitucionales como internacionales, dentro de las cuales se

93 *Cfr. Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 002-14-SIN-CC… Óp. cit.*, p. 64.

94 El artículo 8 del Decreto Ejecutivo 1182, después de la sentencia de la Corte Constitucional, quedó de la siguiente manera (siendo el segundo inciso la ampliación de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984):

"Artículo 8.- Será reconocida como refugiada en Ecuador, toda persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera de su país de nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público." Decreto Ejecutivo 1182. Artículo 8. Registro Oficial 727 de 19 de junio de 2012.

95 *Cfr.* González Domínguez, Pablo, Reyes, Natalie, y Zúñiga, Marcela. *La Doctrina del Control de Convencionalidad y su aplicación en algunas experiencias nacionales.* Santiago: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2016, p. 8.

96 *Id.,* p. 9. Para más información de la labor judicial en el control de convencionalidad difuso, *vid.* Slaughter, Anne-Marie. "A Typology of Transjudicial Communication". *Univeristy of Richmond Law Review* 29 (1994), pp. 9-10; Gómez Pavajeau, Carlos Alberto, y López Iglesias, Rafael Antonio. "Integración e incorporación de las normas internacionales de *soft law* sobre derechos humanos a los sistemas penal y disciplinario en Colombia". Derecho Penal y Criminologia 37/103 (2016), p. 70.

97 *Cfr.* González Domínguez, Pablo, Reyes, Natalie y Zúñiga, Marcela. *La Doctrina del Control de Convencionalidad y su aplicación… Óp. cit.*, p. 8.

98 *Id.,* pp. 6-7. Sobre el desarrollo del control de convencionalidad y la interpretación de la CADH, *vid.,* Ruiz-Chiriboga, Oswaldo. "The Conventionality Control: Examples of (Un)Successful Experiences in Latin America". *Inter-American and European Human Rights Journal* 3 (2010), pp. 201-202; Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Caso Almonacid-Arellano et al v. Chile.* Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre de 2006, parr. 124.

99 *Cfr.* Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia 008-16-SEP-CC.* Sentencia, 6 de enero de 2016.

menciona expresamente a la DADH como una de las pautas rectoras en la resolución del caso[100]. Esta mención es esencial para el tema en cuestión, pues implica que la Corte Constitucional, de hecho, ha realizado un control de convencionalidad difuso al aplicar el criterio de la *OC-10/89 de la Corte IDH*[101] (una norma de *soft law [supra* § 3.1, literal c]), en cuanto considera a la DADH como fuente de obligaciones internacionales para los Estados[102].

5.3. Normas de *soft law* como base de otras normas internas

Como se mencionó ya en la sección § 3.1, literal d), una forma de compliance de una norma de *soft law* que tiene libertad de acción es mediante el uso de los principios fundamentales de esta norma como base. Puede, por tanto, verse reflejado este tipo de instrumento en otro de una categoría distinta con un nivel de persuasión más alto; o directamente en la legislación nacional a través de una mención en una sentencia, por ejemplo. En Ecuador, un ejemplo claro de este tipo de implementación es la citación expresa de la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en la Sentencia 113-14-SEP-CC de la Corte Constitucional, en que la Corte establece que

> [L]as sanciones impuestas a los involucrados en la muerte de Marco Antonio Olivo Pallo forman parte de su derecho propio y de su identidad cultural y autodeterminación, por lo que deben ser interpretadas bajo la atenta mirada de la Constitución, los Convenios Internacionales de derechos humanos, así como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas (énfasis añadido)[103].

Estas tres formas de implementación de instrumentos de *soft law* nos permiten, entonces, entender cuál es su relevancia jurídica, rol y nivel de persuasión dentro del sistema jurídico ecuatoriano, así como sus implicaciones para el compliance estatal en materia de DD. HH. No obstante, la implementación de una norma de soft law en Ecuador no implica que esta no se encuentre dentro del bloque de constitucionalidad. Bajo este razonamiento, y tomando como ejemplo la Sentencia 002-14-SIN-CC una vez más, se puede incluso considerar que el artículo 8 del Decreto 1182 no era verdaderamente inconstitucional porque las nociones de la Declaración ya se encontraban incluidas dentro del bloque independientemente. El rol de la sentencia fue, entonces, el de brindarle mayor legitimidad a la inclusión de tal norma y, por lo tanto, de los principios, sin perjudicar el hecho que ella ya tenía un rango constitucional.

6. Conclusión

100 *Id.,* p. 18.
101 *Cfr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos. *OC-10/89*, 14 de julio de 1989.
102 Es pertinente recalcar que el criterio aquí mencionado le da valor a la DADH en la medida en que la *OC-10/89* como norma de *soft law erga omnes,* se refiere a ella (criterio que se ha repetido a lo largo de toda esta investigación). Sin embargo, puede existir también interpretación que da valor jurídico de la DADH como costumbre regional.
103 Corte Constitucional del Ecuador. *Sentencia No. 113-14-SEP-CC,* Sentencia, 30 de julio de 2014, p. 35.

A lo largo de la presente investigación, se ha buscado explicar la relevancia del soft law como nueva forma de manifestar la voluntad de los Estados, independiente de las normas convencionales o hard law.

A partir del análisis realizado, se puede concluir que, en realidad, todos los instrumentos internacionales de DD. HH se encuentran incluidos en el bloque de constitucionalidad porque, en la medida en que se ejerza compliance sobre ellos, y todos sean más favorables al ser humano, no es necesaria la ratificación expresa de cada Estado sino una conducta producto del cumplimiento de los principios pacta sunt servanda, pro homine, y no regresividad de los derechos. Asimismo, todos los instrumentos internacionales más favorables al ser humano se encuentran comprendidos dentro del bloque por la gradación que existe sobre ellos que implica que no se trate de sistemas diferentes e independientes, sino de una línea de secuencia que tiene como extremos la obligatoriedad y no obligatoriedad. La gradación, entonces, se genera por el compliance, que eventualmente comprende implementación.

Se ha buscado presentar ciertos actos estatales que reflejan la implementación de normas de soft law, como el reconocimiento ejecutivo, el control de covencionalidad o su uso como base conceptual de otras normas internas. Todo esto nos ha llevado a concluir que aquellos actos, si bien serían mecanismos para brindarles mayor legitimidad a los instrumentos internacionales que se buscan incluir, no pueden ser vistos como manifestaciones constitutivas esenciales para que el soft law adquiera su relevancia jurídica; una vez más, el soft law –siempre que sea más favorable para la persona humana– ya se encuentra incluido en el bloque de constitucionalidad per se, pues esto es precisamente lo que busca la Constitución de 2008 a través de sus distintas cláusulas de remisión.

Un claro ejemplo de este razonamiento puede observarse dentro de la ya citada sentencia de la Corte Constitucional *002-14-SIN-CC*, en la que nunca se negó la influencia de la Declaración de Cartagena, principalmente por dos razones: (i) en la medida en que la Declaración es más favorable para las personas que buscan refugio en Ecuador, ella ya se encuentra comprendida en el bloque; y (ii) el instrumento empezó realmente como una norma con total libertad de acción para los Estados –por la forma en que fue redactada– que eventualmente fue ganando más fuerza persuasiva y ahora es una categoría distinta de instrumento; esta es precisamente la lógica de la gradación.

Por todo lo antedicho, se puede concluir que las normas de *soft law* tienen total relevancia jurídica en Ecuador, por lo que su exigibilidad y utilización es completamente justificada en el marco de la Constitución de la República de 2008.